

*XII CONGRESO NACIONAL DE COMUNIDADES DE
REGANTES DE ESPAÑA*

**PROCESO DE CONCERTACIÓN DE LOS
CAUDALES ECOLÓGICOS**

Por:

MÓNICA SASTRE BECEIRO
Prof. Derecho Administrativo UJC
Socia de Ariño y Asociados, Abogados

Tarragona, mayo de 2010

I. INTRODUCCIÓN¹

El agua está al servicio del ser humano, pero éste debe hacer un consumo responsable, teniendo en cuenta el régimen natural de los ríos, zonas húmedas y ecosistemas asociados. Es éste el espíritu que gobierna en el actual Derecho de Aguas.

De este planteamiento surgen los caudales ecológicos o ambientales, en cuyo establecimiento se debe intentar un cierto equilibrio en la satisfacción de los distintos usos y demandas del agua. En efecto, un caudal ecológico puede reducir considerablemente la disponibilidad de agua, afectando a las demandas de agua con destino al: abastecimiento a poblaciones, regadío, energía, industria, ocio, etc.² Y, al hacerlo, se pueden ver además perjudicados derechos de uso o aprovechamiento existentes, como los derechos concesionales³.

En definitiva, a la hora de concertar el caudal ecológico se trata de buscar el necesario equilibrio entre la satisfacción de las demandas actuales o futuras y el respeto al medio ambiente, para lo cual es necesaria una concertación con todos los agentes implicados. No podemos olvidar que la agricultura de regadío, al igual que el turismo, la industria o el sector energético, entre otros, generan empleo, riqueza y equilibrio territorial, y demandan servicios de agua con garantía de suministro y calidad suficiente para desarrollar su actividad y poder satisfacer demandas, que también son sociales.

¹ La autora quiere hacer constar aquí su agradecimiento a su compañera y colaboradora MIRIAM GARCÍA, por su ayuda en la elaboración de esta ponencia.

² FANLO LORAS, ANTONIO. *“Dictamen acerca de la posible inconstitucionalidad de los artículos 26.1, párrafo segundo y de la disposición adicional décima, apartados 1.a), b) y c) y apartados 3 y 5 de la ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, modificada por la ley 11/2005, de 22 de junio, relativos al régimen de fijación de los caudales ambientales del tramo final del río Ebro”*. Logroño, 17 de julio de 2005.

³ Vid. JUAN VALERO DE PALMA *“El regadío y los caudales ecológicos”* en el Congreso de Caudales Ecológicos celebrado en Barcelona, noviembre de 2007.

Esta cuestión se enumera en la consecución del uso sostenible del agua, ordenada por el artículo 45.2 de la Constitución Española, que lo entiende como una “*utilización racional*” en el siguiente texto:

“2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”

La misma idea de utilización racional de los recursos naturales está presente en el Tratado de la Comunidad Europea (Art. 174.2). En cualquier caso, este planteamiento comporta un alto nivel de exigencia, y su plasmación práctica puede resultar difícil, tanto en el plano práctico –técnico- como en el plano jurídico, como veremos a continuación.

II. CONCEPTO DE CAUDAL ECOLÓGICO

Un caudal ecológico es aquél que “*mantiene como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera*” (artículo 42.1.b.c’ de la Ley de Aguas).

Idéntica definición se recoge en el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, añadiendo que los caudales ecológicos deben contribuir a alcanzar el buen estado o buen potencial ecológico en los ríos o en las aguas de transición. Es decir, un caudal ecológico es aquél que evita la degradación ambiental del curso de agua, su cauce y su ribera.

Un análisis de esta definición pone al descubierto algunos aspectos relevantes, toda vez que contradictorios: ¿Cuál es la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río? ¿Qué ocurre en cursos de agua donde de manera natural no hay peces? ¿Cuándo se habla de vegetación de ribera, se refiere a la que ocupa el espacio que la Ley de Aguas define como “*ribera*”? ¿Cómo se mide la

vida piscícola a mantener en un tramo de río? ¿Habrá que permitir que los ríos quedaran secos en verano si de forma natural así les correspondiese?⁴

Llegados a este punto, ya se adelanta que las Confederaciones Hidrográficas deben hacer estudios específicos o análisis concretos para cada cuenca, tramo del río, zona (protegida o no), estado de las aguas (masas muy alteradas o poco alteradas) o para las distintas estaciones del año. Sólo de esta manera los estudios técnicos arrojarán determinaciones adecuadas y justas.

III. MARCO NORMATIVO DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS. EQUILIBRIO CON LOS USOS Y DEMANDAS.

La normativa estatal sobre Planes Hidrológicos de cuenca parte de la Directiva Marco del Agua (Directiva 60/2000/CE, transpuesta por la Ley 62/2003) que, en su artículo 4, establecía los objetivos medioambientales siguientes a tener en cuenta en la puesta en práctica de los programas de medidas especificados en los Planes Hidrológicos. Por ejemplo, en relación con las aguas superficiales:

- Prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial.
- Proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial.

La Directiva establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas de respeto del medio ambiente.⁵ El legislador tiene en cuenta ese marco para elaborar el régimen de los caudales ecológicos en los Planes

⁴ Cfr, ANTONI PALAU. *“Aspectos clave sobre los caudales de mantenimiento en la elaboración del plan hidrológico del Ebro”*. Departamento de Medio Ambiente y Ciencias del Suelo. Universitat de Lleida.

⁵ El artículo 40 de la Ley de Aguas de 1985 ya establecía la previsión de que los planes de cuenca contuvieran *“la asignación y la reserva de recursos para la conservación o recuperación del medio natural”*, por lo que el contenido de la Directiva en este sentido no era algo nuevo.

Hidrológicos, si bien también considera que se deben respetar los usos y demandas actuales y futuros, así como el régimen concesional⁶ y las buenas prácticas.

- El Real Decreto Legislativo 1/2001 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (en adelante TRLA) también hace referencia a la compatibilidad entre la asignación y reserva de los usos del agua y el respeto al medio ambiente en los siguientes términos:

- o El artículo 42.1. b. c' incluye dentro del contenido de los Planes Hidrológicos de la Cuenca:

“La asignación y reserva de recursos para **usos⁷ y demandas actuales y futuros, así como para la conservación o recuperación del medio natural”**

- o El artículo 40.1, establece como objetivos de la planificación hidrológica que:

“1. La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta Ley, la **satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y **racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.**”**

- El Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado por Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, en el artículo 18, dispone que:

⁶ Se establece el régimen concesional separado de los usos o aprovechamientos, pero, ciertamente, el sistema concesional se establece en la legislación de aguas española como el principal modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de las aguas públicas.

⁷ El artículo 40 bis del TRLA define en su apartado j) los “usos del agua” como “*las distintas clases de utilización del recurso, así como cualquier otra actividad que tenga repercusiones significativas en el estado de las aguas. A efectos del de la aplicación del principio de recuperación de costes, los usos del agua deberán considerar, al menos, el abastecimiento de poblaciones, los usos industriales y los usos agrarios.*”

“1.- El plan hidrológico determinará el régimen de caudales ecológicos “incluyendo también las necesidades de agua de los lagos y de las zonas húmedas.”

2.- Para el establecimiento de los caudales ecológicos “...los organismos de cuenca realizarán estudios específicos en cada tramo de río.”

3.- El proceso de implantación del régimen de caudales ecológicos se desarrollará conforme a un proceso de concertación que tendrá en cuenta los usos y demandas actualmente existentes y su régimen concesional, así como las buenas prácticas.

4.- En caso de sequías prolongadas podrá aplicarse un régimen de caudales menos exigente.”

- Los caudales ecológicos se regulan, finalmente, en la Instrucción de Planificación Hidrológica aprobada por la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre (que sustituye a la anterior, aprobada por Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1992); concretamente, en el punto 3.4 de la misma. Según este epígrafe, el establecimiento del régimen de caudales ecológicos se desarrolla en tres fases, a saber:
 - a) Una primera fase de desarrollo de los estudios técnicos, que determina cuál es el volumen de agua que ha de mantenerse en los cauces (el caudal ecológico). La Instrucción establece directrices a seguir en esta primera fase, de manera que su cuantificación nunca puede ser arbitraria.
 - b) Una segunda fase consistente en un proceso de concertación (que se va a analizar con detenimiento posteriormente).
 - c) Una tercera fase, constituida por la implantación de lo concertado, que supone la adopción de medidas para que sea respetado el caudal ecológico fijado.

Del marco normativo que acaba de sintetizarse se deduce, por tanto, que debe existir un equilibrio entre la satisfacción de las demandas de agua y la consideración de los regímenes concesionales, de una parte, y la necesidad de velar por el

mantenimiento del caudal ecológico. En concreto, de las dos primeras fases del procedimiento de establecimiento de un caudal ecológico, se extraen los requisitos a los que está sometida la Administración:

- Fase 1ª: La implantación de un caudal ecológico requiere la realización de un “*Análisis Hidrográfico*”, en el que se realiza un estudio técnico teniendo en cuenta todos los elementos expuestos anteriormente. Esta fase la realizan las Comisiones de Caudales Ecológicos de las Confederaciones.
- Fase 2ª: Tras lo anterior se debe de realizar un “*Análisis Económico*”. En esta fase afloran todos los intereses, de modo que la Administración puede disponer de información sobre todos los perjuicios que se causan a las demandas existentes, los costes de la no existencia de esas demandas que dejarían de verse atendidas, los beneficios que las mismas generan y los efectos perjudiciales que se producirían si hubiera que atender esas demandas con recursos alternativos o producir esos bienes (productos agrarios, energía, etc.) con otros recursos. En definitiva, **la Administración debe ponderar y establecer un equilibrio entre los distintos aprovechamientos.**

IV. EL PROCESO DE CONCERTACIÓN DEL RÉGIMEN DE CAUDALES.

La determinación del caudal ambiental debe venir dada por la intervención de los distintos sectores implicados, desde la planificación hasta el uso del agua. El diseño ideal del río, debe ser consensuado entre los usuarios, lo que exige, ante todo, establecer un vínculo de comunicación entre la Administración (brazo político), la industria que usa el agua (aprovechamientos hidroeléctricos, industria papelera, textil), los agricultores que producen los alimentos y también otros agentes, como Asociaciones de Conservación de la Naturaleza. El consenso necesario debe fijar claramente el diseño del río, repartir su gestión entre las partes y establecer las reglas

que garanticen el uso equitativo y sostenible del agua, y para ello se requiere una adecuada coordinación.

Ello se tiene que dar en el proceso de concertación, desarrollado por la Instrucción de Planificación Hidrológica, que toma como base las propuestas realizadas por la Federación Nacional de Comunidades de Regantes de España (FENACORE) realizada en enero de 2004.

1. Niveles de acción

En el punto 3.4 de la Instrucción se establecen cuáles son los niveles de acción del proceso de concertación. Éstos son:

- Información
- Consulta Pública
- Participación activa

El punto 3.4.6 dispone que *“en aquellos casos en los que el régimen de caudales ecológicos condicione las asignaciones y reservas del plan hidrológico, el proceso de concertación abarcará todos los niveles de participación”*. El proceso de concertación, por tanto, es obligatorio en todos sus niveles de acción, al menos el que se da para incluir el régimen de caudales ecológicos en un Plan Hidrológico (porque también se da la concertación una vez que el régimen de caudales ambientales se encuentra en proceso de implantación, caso en el que el nivel de participación activa es potestativo -decide su existencia el organismo de cuenca en cuestión-).

A) Nivel de información

Facilitan y hacen efectiva este nivel de acción instrumentos como los siguientes:

- Webs (www.mma.es)
- Oficinas de información
- Jornadas y campañas divulgativas
- Puntos de acceso en el Ministerio de Medio Ambiente y en la correspondiente Confederación Hidrográfica

B) Nivel de Consulta Pública

Todo Plan Hidrológico se somete a consulta pública por un periodo de 6 meses. Pues bien, simultáneamente con este proceso de consulta, se abren los procesos de concertación de caudales ecológicos centralizados desde la Dirección General del Agua. Pero no existe un documento guía por parte del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino que establezca metodología alguna para llevar a cabo procesos de concertación por parte de las Oficinas de Planificación de las distintas Confederaciones (lo que sí sabemos es que se les tiene que dar un plazo de 2 meses para desarrollar procesos de concertación de caudales). El espíritu de la regulación es lograr la mayor y mejor participación pública posible en los procesos de concertación. Para ello, los documentos no deben ser farragosos sino de fácil lectura para los no expertos, la información debe estar organizada, el proceso de participación debe estar sistematizado y programado adecuadamente, debe existir una oportuna devolución de síntesis y conclusiones de las acciones participativas, así como de los resultados obtenidos, etc.

C) Nivel de participación activa

El punto 3.4.6 de la Instrucción dedica una especial atención a este nivel. En concreto, tal punto establece que este nivel obligatoriamente debe incluir una fase de negociación o resolución de alternativas. Es en ella, precisamente, donde se produce la participación activa de los actores perjudicados (usuarios, organismos oficiales, organizaciones económicas sociales y ambientales, expertos, y, en el caso concreto de los usos energéticos, organismos oficiales responsables del suministro energético) en grupos de trabajo, mesas sectoriales, mesas intersectoriales, mesas territoriales, etc. Una participación activa, que se basa en el conocimiento de los documentos que se han debido elaborar en la primera fase, es decir, en la fase del desarrollo de los estudios técnicos (primera intervención administrativa en relación con el caudal ecológico); éstos son informes y estudios técnicos que justifican tanto el régimen de caudales ecológicos propuesto como los valores ambientales asociados a dichos caudales, así como aquellos que realicen un análisis de las repercusiones de su implantación.

2. Objetivos

Los objetivos del proceso de concertación de caudales ecológicos se pueden dividir en:

A) Generales:

Se establecen en el primer párrafo del punto 3.4.6 de la Instrucción de planificación hidrológica, que a la hora de implantar un régimen de caudal ecológico, se tienen que tener en consideración:

- Los usos y demandas actualmente existentes
- El régimen concesional existente
- Las buenas prácticas

Sólo de esta manera, establece el mismo punto, es posible la implantación de un régimen de caudal ecológico. Es decir, no son éstos meros objetivos a tener en cuenta a la hora de implantar tal régimen, sino que de su cumplimiento depende su implantación. Y estos objetivos se concretan en el proceso de concertación, que es, por tanto, la fase que permite equilibrar el respeto de los valores medioambientales con el respeto de los usos y demandas existentes y futuros. Obviamente es una fase imprescindible en el proceso de establecimiento de cualquier caudal ecológico.

B) Específicos:

El proceso de concertación del régimen de los caudales ecológicos tiene los siguientes objetivos concretos (segundo párrafo del punto 3.4.6 de la Instrucción de Planificación Hidrológica):

- a) Valorar su integridad hidrológica y ambiental.
- b) Analizar la viabilidad técnica, económica y social de su implantación efectiva.
- c) Proponer un plan de implantación y gestión adaptativa.

Dados estos objetivos, se puede afirmar que proceso de concertación es la fase que permite equilibrar el respeto de los valores medioambientales con el respeto de los usos y demandas existentes y futuros y los regímenes concesionales. Es decir, el proceso de concertación perfila las determinaciones realizadas en la fase de los estudios técnicos, teniendo presentes otros puntos de vista.

En el Análisis Hidrográfico se determinan cuáles son los objetivos “*deseables*” desde el punto de vista ambiental. Pues bien, estos objetivos se deben tener muy en cuenta, pero se deben tener también presentes otros intereses sociales distintos de los medioambientales, pero tan importantes como ellos. Así, respecto de los caudales, hay objetivos *deseables* desde el punto de vista exclusivamente técnico, pero otros intereses sociales y económicos que entran en juego muchas veces hacen que aquellos objetivos deseables no sean todos *alcanzables*. Así, VALERO DE PALMA⁸ constataba que caudales deseables desde el punto de vista técnico podían no serlo desde el punto de vista económico o social. Por ejemplo, pudiera ocurrir que la consecuencia de respetar un nivel determinado de caudal fuera la pérdida de una cantidad ingente de empleos o de hectáreas de cultivo, o bien, la despoblación indeseable en una zona de España. Se introduce, por tanto, la idea de la proporcionalidad, del equilibrio, de la ponderación y del uso eficiente del agua, que actualmente es el que tiene en cuenta, junto con otros elementos, el elemento medioambiental.

Dicho esto, la concertación es el instrumento que hace posible la consecución del equilibrio de las diferentes demandas sociales del agua, dado que es en esta fase donde salen a la luz todos los intereses a tener en cuenta a la hora de estudiar la *viabilidad* de un proyecto o medida.

⁸ VALERO DE PALMA, JUAN en su ponencia “*El regadío y los caudales ecológicos*” en el Congreso de Caudales Ecológicos celebrado en Barcelona, noviembre de 2007.

V. ANÁLISIS DE PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES.

1. Calificación del caudal ecológico: ¿Restricción o uso?

Uno de los problemas jurídicos que se presenta con ocasión de la implantación de un régimen de caudales ecológicos es la calificación jurídica de los caudales ecológicos, cuya determinación tiene importantes consecuencias prácticas. Así, al entender que el caudal ecológico es una restricción general, se está implícitamente excluyendo la idea de sacrificio singular; y, al hacerlo, se está excluyendo la indemnización.

La doctrina no es unánime al respecto. DELGADO PIQUERAS⁹ ha sostenido que los caudales ecológicos constituyen usos del agua, ya que su establecimiento impide que otros usos consuntivos tengan lugar; y entiende que se trata de usos excluyentes, ya que su determinación puede exigir la reforma de títulos concesionales otorgados validamente por la Constitución. Para CARO PATON¹⁰, sin embargo, no parece correcto afirmar que el ambiente tiene la consideración de usuario, siendo lo único claro que los ambientales y los demás, sobre todo los consuntivos, son mutuamente excluyentes.

Desde el punto de vista jurídico-positivo la regulación de los caudales ecológicos es muy confusa. Veamos lo dispuesto en las diferentes regulaciones:

- El Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, dispuso, en su artículo 115.2.g), que en el clausulado de las concesiones de aguas que se otorgaran se impondrían “*caudales mínimos que respetar para usos comunes o para usos sanitarios o ecológicos,*

⁹ DELGADO PIQUERAS, F. “*Derecho de Aguas y medio ambiente*”, Ed. Tecnos, Madrid, 1992. Páginas 30-32.

¹⁰ CARO PATON, I “*El reparto de competencias ente el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*”. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, 2002. Páginas 115-116.

si fueran precisos". Es decir, esta norma consideraba que el caudal ecológico es un uso.

- El Real Decreto 1664/1998, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de cuenca, introdujo la idea de restricción general.
- La Ley 46/1999, de modificación *de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas*, también consideró los caudales como restricción general.
- El Reglamento de Planificación Hidrológica de 2007 también establece que los caudales no son un uso, en su artículo 17.2.
- El primer párrafo del artículo 59.7 de la actual Ley de Aguas de 2001 establece cuál el concepto que se acepta, y cuál el que se rechaza al decir que:

“Los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación. [...]”

- Las Leyes de aguas autonómicas están incorporando el concepto de restricción. Véase el artículo 45 del Proyecto de aguas andaluz:

“Artículo 45. Asignación de recursos.

4. Los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso, por lo que no existirá el deber de indemnización de los costes que generen, **debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación.**”

Pero las propias Leyes son contradictorias. Así, el párrafo segundo del artículo 59.7 de la Ley de Aguas dispone que¹¹:

“En todo caso, se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 60. [...] “

La Ley es confusa en este punto, pues no tiene mucho sentido negar que los caudales ecológicos sea un uso, para inmediatamente después manifestar que se aplicará a los caudales medioambientales la regla de la supremacía del uso para abastecimiento a poblaciones.

El artículo 17.2 del Reglamento de Planificación también es dispar, pues dentro de la *“Prioridad y compatibilidad de usos”*, habla de los *“caudales ecológicos o demandas ambientales”*, a pesar de que luego señala que los mismos *“no tendrán el carácter de uso”*.

Este estado de situación da pie a la confusión y a las diferentes interpretaciones. Así, para el sector de los agricultores y regantes, deberían ser considerados uno más de los usos, de modo que si el “uso” ambiental o ecológico precisa de más volumen de agua que el actualmente fijado y, al ser un uso prioritario, detrajera agua de la que tienen concedida los demás “usuarios”, estos últimos deberían ser indemnizados. Sin embargo, a los sectores medioambientalistas, y a la Administración Pública, les conviene considerar que el caudal medioambiental no es un uso sino una “restricción”, o una variable más del ecosistema, y las concesiones de agua para los diversos usos deben cumplirse a partir de lo disponible después de reservar el volumen correspondiente al caudal ecológico.

¹¹ En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 4 del Reglamento de Planificación Hidrológica.

2. Derecho a exigir una indemnización por parte de los perjudicados por la fijación del caudal ecológico.

A) *Derecho a exigir una indemnización por parte de los perjudicados por la fijación del caudal ecológico.*

El análisis de las repercusiones del establecimiento de un caudal ecológico, según el epígrafe 3.4.5 de la Instrucción debe cubrir los siguientes aspectos:

“a) Marco legal de los usos existentes incluyendo las características técnico-administrativas de los mismos y un análisis jurídico de **lo que supondría** la aplicación de los caudales ecológicos **para las concesiones vigentes.**

b) Repercusión, tanto positiva como negativa, en los niveles de garantía de las unidades de demanda afectadas y análisis de la disponibilidad de los caudales y de la **compatibilidad con las concesiones existentes.**

c) Repercusión económica y social, tanto positiva como negativa, de la implantación del régimen de caudales ecológicos. “

Por consiguiente, se deduce que la Administración debe tener en cuenta tanto los valores ambientales como los usos existentes. La Propuesta de FENACORE, en relación el respeto de tales usos por la Administración, establecía la consideración de que tal respeto debía consistir en una indemnización que compensara los recortes de las concesiones que se hicieran con ocasión de la implantación de caudales ecológicos. Así, se incluían las siguientes especificaciones en los apartados c) y d) relativos a la información a cubrir en la fase de negociación (apartados b) y c) respectivamente, en la Instrucción):

“c) [...] **La implantación de Caudales Ecológicos debe hacerse respetando el sistema concesional y, por tanto, acudiendo al procedimiento de revisión de concesiones que está legalmente previsto donde han de valorarse los daños económicos indemnizables que el recorte de la concesión pueda comportar. En los casos que se demostrara una afección por la implantación de caudales ecológicos a los aprovechamientos legalizados preexistentes, y tras ser ésta verificada y comprobada por el personal técnico del Organismo de Cuenca, y si lo Titulares de dichos aprovechamientos lo solicitasen de forma expresa, se**

tramitará el correspondiente expediente para indemnizar los perjuicios.

d) [...] La implantación de caudales exigirá la indemnización de los derechos concesionales preexistentes, debiendo evaluarse los perjuicios directos e indirectos”

En conclusión, el apartado c) de la Propuesta de FENACORE para la regulación del proceso de concertación contenía una remisión a la regulación del procedimiento de revisión de concesiones que no se ha incluido en la Instrucción de Planificación, Así se debe entender, pues implantación de caudales ecológicos determinada en el Plan Hidrológico que afecte a derechos concesionales preexistentes supone una revisión de los mismos, ya que supone una modificación de las condiciones de la concesión “caudal medio cuyo aprovechamiento se concede... y el caudal medio continuo a derivar” (art.102 del RDPH).

Por tanto, en el caso de que existan derechos concesionales preexistentes a la implantación del caudal ecológico, se debe obligatoriamente seguir el procedimiento establecido en el artículo 65.3 del TRLA que se refiere a la revisión de las concesiones para la adecuación a la Planificación Hidrológica, que, según el apartado primero del mismo, se da en los siguientes casos:

“1. Las concesiones podrán ser revisadas:

a) Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento.

b) En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario.

c) Cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos.“

Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos, ya introducía el derecho a indemnización en caso de revisión de las concesiones para adecuarse a los planes hidrológicos:

“todo ello sin perjuicio del derecho a indemnización previsto en el artículo 63.c) de la citada disposición legal en relación con las posibles revisiones de las concesiones vigentes cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos”

Y, el artículo 26 de la Ley de 10/2001, de 5 de julio, *del Plan Hidrológico Nacional* regula los caudales “*ambientales*”¹², establece que la Planificación Hidrológica puede afectar a los concesionarios, pero que, cuando así lo haga, tiene que haber una indemnización. Así lo expresa el precepto citado:

“3. La inexistencia de obligación expresa en relación con el mantenimiento de caudales ambientales en las autorizaciones y concesiones otorgadas por la Administración hidráulica, no exonerará al concesionario del cumplimiento de las obligaciones generales que, respecto a tales caudales, serán recogidas por la planificación hidrológica, sin perjuicio del posible derecho de indemnización establecido en el artículo 63.3 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.” (hoy art.65.3 del TRLA)

Según el artículo 65.3 del TRLA la indemnización a los concesionarios perjudicados por un plan hidrológico es obligatoria. Así se desprende de la expresión “*tendrá derecho*” incluida en el precepto, que manifiesta:

“3. Sólo en el caso señalado en la letra c) del apartado 1, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa.”

Esta regulación deriva del principio proclamado por el artículo 33.3 de nuestra Carta Magna, que establece:

“3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes.”

Hay algunos autores que razonan de la siguiente manera: Si no hay un beneficiario concreto con el establecimiento de un caudal ecológico, no puede considerarse que se trate de una expropiación, y por consiguiente, no hay derecho de indemnización para los afectados. Pero resulta que sí que existe un beneficiario concreto de las medidas ambientales, que es la sociedad, y por tanto, la

¹² El legislador usa el término de caudales ambientales o el de caudales ecológicos, indistintamente.

Administración debe compensar a los damnificados particulares para satisfacer intereses más generales, porque el supuesto se asimila a una expropiación (principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas).

B) Modo de determinación de la indemnización.

Los concesionarios existentes en el momento de realizar el Plan Hidrológico de cuenca tienen derecho a indemnización, que se otorgará de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, en concreto, en cumplimiento de los capítulos III y IV del Título II de la misma (es decir, se les compensará con el *“justo precio”*). De esta manera se establece en el artículo 63.3 de la Ley de Aguas de 1985, citada anteriormente, y también en su artículo 58.2, que comienza diciendo que *“toda concesión esta sujeta a expropiación forzosa”*.

La evaluación económica de la implantación de caudales ambientales debería analizar adecuadamente el grado de afección producido a las diferentes actividades. Así, por la regla de la supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones establecida en el artículo 60, éste sólo se podría restringir en situaciones excepcionales; la cesión de derechos de uso del agua hacia los caudales ambientales podría conllevar una compensación económica a las empresas hidroeléctricas, que se debería analizar teniendo en cuenta las particularidades de cada aprovechamiento (capacidad de regulación, rango de caudales afectados y su distribución temporal, etc.) y las pérdidas últimas de producción optimizando la explotación); en cuanto a la afección al regadío, los análisis económicos deberían orientarse a cuantificar los posibles daños directos sobre la productividad, que depende en última instancia de la aptitud de la zona para el regadío, los tipos de cultivo más apropiados para la misma y el grado de especialización productiva. En la valoración de los efectos económicos sobre el regadío, se deberían analizar las posibilidades de respuesta de los sistemas de regadío en situaciones de escasez (parcelas que pasan de regadío a seco, cambio hacia cultivos más eficientes, efectos probables sobre el incremento de precios de productos finales, etc.).

Quizás no sea la indemnización económica lo que más interese a los perjudicados. Lo deseable para éstos es que no exista daño que indemnizar. Y

siempre podrían pactar una prolongación de la concesión, ayudas para la mejora o modernización de las infraestructuras que incidan en un mayor ahorro del agua, cesiones de derechos de uso, una flexibilización de las concesiones (captar o derivar más agua en épocas favorables (periodos de elevado caudal a cambio de no captar, o derivar menos agua, en épocas desfavorables (de bajo caudal circulante).

Pero, en cualquier caso, **cuando se cause un daño a la persona titular de la concesión, debe reconocerse la correspondiente indemnización.**

3. Competencia para fijar el caudal ecológico.

El artículo 59.7 del TRLA establece que *“Los caudales ecológicos se fijarán en los Planes hidrológicos de cuenca. Para su establecimiento, los Organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río.”* De este precepto se extrae dos condicionamientos a la regulación de los caudales ecológicos: a) competencial: Corresponde al Organismo de cuenca la fijación de los mismos para cada tramo de río y b) formal: deben establecerse en los planes hidrológicos de cuenca. Por lo demás, la misma ley señala que los caudales ecológicos no tendrán el carácter de uso, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación (art.59.7 TRLA)

Pero es más, en el propio artículo 26 de la LPHN se manifiesta que *“A los efectos de la evaluación de disponibilidades hídricas, los caudales ambientales que se fijen en los planes hidrológicos de cuenca...”* y continua diciendo que para el establecimiento de los mismos *“Los Organismos de cuenca realizarán los estudios específicos para cada tramo de río, teniendo en cuenta la dinámica de los ecosistemas y las condiciones mínimas de su biocenosis”*. Y en el párrafo final al apartado 1 del art.26 se establece con carácter que *“la fijación de los caudales ambientales se realizará con la participación de todas las Comunidades Autónomas que integran la cuenca hidrográfica, a través de los Consejos del Agua de las respectivas cuencas..”*.

Resulta correcto que sea la Administración hidráulica la que fije el caudal ecológico para el tramo inicial, medio y final del río, con criterios hidrológicos, pero sería absurdo dividir el río con carácter artificial por tramos autonómicos,

estableciendo cada Comunidad Autónoma un régimen diferente para el caudal que atravesase su territorio, porque además de romper el principio de unidad del gestión de la cuenca daría lugar a numerosos conflictos entre las diversas Comunidades Autónomas afectadas.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 15/1998¹³ y STC 110/1998¹⁴)¹⁵ la fijación de los caudales ecológicos debe hacerse para toda la cuenca hidrográfica. En concreto, la STC 15/1998 su fundamento jurídico 3 manifiesta lo siguiente:

*“el principio de unidad de gestión de la cuenca y el tratamiento homogéneo del recurso (art. 13 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas), cuya conformidad a la Constitución fue explícitamente declarado por la STC 227/88 (fundamento jurídico 15), exige que la especificación de los caudales mínimos y máximos circulantes corresponda, en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma¹⁶, a los **Organismos de cuenca**, entre cuyas funciones se encuentra la de*

¹³ En esta Sentencia el Tribunal Constitucional declaró contrarios al orden constitucional de distribución de competencias varios artículos de la Ley 16/1992, de 18 de diciembre, de Protección de los ecosistemas acuáticos y de Regulación de la pesca en Castilla y León.

¹⁴ Esta sentencia viene a ratificar la postura del Tribunal Constitucional expresada con ocasión de la sentencia del 22 de enero de 1998 (STC 15/1998), en la que declaró también contrarios al orden constitucional de distribución de competencias varios artículos de la Ley 2/92, de 7 de mayo, de Pesca fluvial de Castilla-La Mancha.

¹⁵ Estos dos recursos de inconstitucionalidad fueron promovidos por el Presidente del Gobierno porque el Estado entendió que, mediante la reserva de caudales, se estaba limitando la competencia de la Administración hidráulica. La Comunidad Autónoma asignaba unos caudales a un uso concreto -el destino ecológico- sin contar con la aprobación del Organismo de cuenca correspondiente.

¹⁶ El artículo 149.1.22.^a de la Constitución Española establecía:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma [...].”

administrar y controlar el dominio público hidráulico [art. 21.1, c) de la Ley de Aguas]. Se infiere de todo ello, que el régimen de caudales ecológicos ha de ser elaborado y aprobado para la cuenca hidrográfica en su conjunto, lo que impide una regulación independiente del mismo por cada una de las Comunidades Autónomas implicadas [...]”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1998 (STC 110/1998) ha declarado contrarios al orden constitucional de distribución de competencias varios artículos de la Ley 16/1992, de 18 de diciembre, de Protección de los ecosistemas acuáticos y de Regulación de la pesca en Castilla y León. En la citada sentencia fue anulado el artículo 5.2 que obligaba a los titulares de usos que supongan una modificación de los caudales circulantes en un curso fluvial o un tramo de éste a dejar circular un caudal ecológico no inferior al veinte por ciento del caudal medio interanual medido en el punto en cuestión. Con esta regulación, la Comunidad Autónoma se estaba atribuyendo la competencia para determinar los caudales ecológicos y, arrogando la capacidad de modificar los derechos concesionales validamente otorgados por el Organismo de cuenca. Esta sentencia manifiesta al respecto que la determinación del régimen de caudales es una facultad que materialmente ha de ser considerada como de ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos y, por tanto, en las cuencas intercomunitarias, pertenecientes a la competencia exclusiva del Estado, por lo que con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Aguas, únicamente a través del Organismo de cuenca, pueden establecerse los caudales mínimos y máximos circulantes.

Esta sentencia viene a ratificar la postura del Tribunal Constitucional expresada poco antes en la sentencia del 22 de enero de 1998 (STC 15/1998). En ella declaró también contrarios al orden constitucional de distribución de competencias varios artículos de la Ley 2/92, de 7 de mayo, de Pesca fluvial de Castilla-La Mancha. El Tribunal Constitucional reconoció la competencia del Organismo de cuenca para fijar

La expresión “cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma” debe entenderse, por tanto, de la siguiente manera: “cuando las cuencas hidrográficas excedan de ámbito territorial de una Comunidad Autónoma”.

los caudales ecológicos y entendió que la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca fluvial de Castilla-La Mancha:

“reconoce la competencia de los organismos de cuenca para fijar ese caudal mínimo. Más aun: los preceptos impugnados se limitan a precisar esa previsión general sobre el específico sector de la pesca, instaurando una medida de protección complementaria, de suerte, que sobre los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos recae la obligación de respetar ese caudal mínimo, no solo en virtud de lo ordenado en la legislación de aguas, en los pertinentes planes hidrológicos o en su particular título concesional, sino también en razón de lo dispuesto en la Ley autonómica sobre pesca fluvial. Nos encontramos de ese modo, ante una obligación legal que puede justificarse en títulos competenciales distintos que concurren sobre un mismo espacio físico y que, lejos de excluir otras de similar naturaleza, las complementa. Ni del artículo 20 de la ley ni de su disposición transitoria segunda puede deducirse que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se atribuya la competencia para fijar el caudal mínimo de la cuenca hidrográfica”.

Posteriormente, en su sentencia 166/2000, de 15 de junio, el Tribunal Constitucional reconoce la potestad de las Comunidades Autónomas para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente complementarias a las estatales, siempre y cuando no interfieran en las facultades que corresponden a los Organismos de cuenca, como por ejemplo la determinación de caudales. Así manifiesta:

“7. ...la determinación de caudales es una facultad que materialmente ha de ser considerada como de “ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos” y, por tanto, en supuestos de cuencas supracomunitarias, pertenecientes a la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.122 CE) por lo que, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Aguas, únicamente a través del Organismo de cuenca pueden establecerse los caudales mínimos que los concesionarios de los aprovechamientos hidráulicos habrán de respetar”.

“9. Contrariamente, procede apreciar la denunciada inconstitucionalidad del artículo 46 de la mencionada Ley, pues en él, en su segunda parte o inciso, se exige a los

concesionarios de aprovechamientos hidráulicos una autorización administrativa de la Comunidad Foral para poder llevar a cabo variaciones de caudales, al margen de las facultades que sobre el régimen de caudales corresponden al Organismo de cuenca, hasta el punto de que no es descartable que las autorizaciones administrativas así establecidas puedan interferir, alterar e, incluso, perturbar, lo acordado por el Organismo de cuenca en el ejercicio de competencias que le son propias. En este sentido, procede recordar que respecto de la fijación de caudales mínimos y ecológicos han de establecerse procedimientos de mutua colaboración entre todas las Administraciones implicadas -la estatal y las autonómicas-ya que «lo único que resulta contrario al reparto constitucional de competencias es, en este punto, la determinación unilateral del citado régimen de caudales, con desconocimiento de las facultades atribuidas al Organismo de cuenca y de las competencias que corresponden a las otras Comunidades Autónomas sobre cuyos territorios también se sitúa la cuenca hidrográfica» (STC 110/1998, F. 3)”.

De la doctrina constitucional expuesta se deduce con toda claridad que es el Organismo de Cuenca, y no la Comunidad Autónoma (ni siquiera mediante acuerdo con el Estado, pues persistiría su potestad de bloqueo), quien tiene el control del río a través de la fijación del caudal ecológico¹⁷. Esto implica, a su vez, que el establecimiento de requerimientos ambientales, como son los caudales ecológicos, no se pueden fijar en un plan especial de protección de un determinado río, porque es una función que debe entenderse atribuida a los Planes Hidrológicos de Cuenca. Este razonamiento deriva de la aplicación de la Directiva Marco del Agua (artículo 4) así como del Texto Refundido de la Ley de Aguas (así se desprende de los artículos 17, 26, 42, 59.7 y 92 bis).

¹⁷ Este problema se planteó con ocasión de la modificación de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional que efectuó la Disposición Adicional Décima de la Ley 11/2005, de 22 de junio, que volvió a añadir el apartado 1.a) a la disposición adicional décima, que ya estaba derogado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre *de medidas, fiscales, administrativas y sociales* para su adaptación a la Directiva Marco y a la Ley de Aguas. Se reestablecía con esta modificación la fijación del caudal por la Generalidad conjuntamente con el Estado, pero este reestablecimiento es inconstitucional, no sólo por vulneración del artículo 149.1.22^a y otros preceptos constitucionales, sino, además, por vulneración la Directiva Marco Europea del Agua.

Las Comunidades Autónomas pueden participar en la fijación de los caudales ambientales a través de los Consejos del Agua de las respectivas cuencas (art.26 de la LPHN), así como los organismos oficiales de las CCAA pueden participar en la fase de negociación o resolución de alternativas (art.3.4.6 del Instrucción de Planificación). En concreto, el Observatorio del Agua de Andalucía dentro de sus funciones puede realizar estudios e informes sobre los objetivos ambientales y caudales ecológicos (art.19 Proyecto de Ley de 29-IX-2009).

Por último, señalar que a las Administraciones autonómicas les corresponde la elaboración de la planificación hidrológica y por tanto, el establecimiento de los caudales ecológicos en sus cuencas intracomunitarias.

4. Caudal ecológico en tiempos de sequía prolongada.

En la determinación de los caudales ecológicos hay que tener en cuenta que las exigencias de hábitat y de caudales circulantes por parte de los peces y de las comunidades reófilas no son las mismas a lo largo de las diferentes estaciones, sino que existen temporadas críticas en las cuales estas exigencias se hacen más perentorias. Así, los periodos de freza y de desarrollo de los embriones exigen unos caudales determinados sin crecidas, y en las épocas estivales con aguas cálidas, los salmónidos exigen aguas más rápidas para poder tolerar la escasez de oxígeno disuelto. Por ello, los caudales ecológicos han de ser mayores en estas épocas críticas y por lo tanto, estos caudales, si deseamos que sean mínimos, han de fluctuar de unas estaciones del año a otras.

Por otro lado, también hay que considerar diferentes regímenes de caudales ecológicos según se trate de años húmedos, años secos e incluso años extremadamente secos. El régimen de caudal debe ser menor para los años secos, que en el caso de los húmedos. Para los años con sequía extraordinaria, habría que establecer un régimen con caudales en los meses de estiaje iguales a los del régimen de años secos, y el resto del año con una fluctuación atenuada a la mitad de la fluctuación de los años secos. Con ello, en los años extremos se hace compatible la demanda de agua con la demanda ecológica.

En la Instrucción de Planificación Hidrológica de 2008 se establece un régimen de caudales y el modo de determinación de los mismos. Pues bien, en el punto 3.4.2 de la misma, se aminoran las exigencias de los caudales para el supuesto en el que exista una sequía prolongada, excepto en las zonas incluidas en la Red Natura 2000 o en la lista de humedales de importancia internacional de acuerdo con el Convenio Ramsar, y se proclama la supremacía del uso para el abastecimiento de las poblaciones.

En épocas de sequía, por tanto, el caudal ecológico no es tan ambicioso. Es decir, es un momento en el que la demanda social principal debe ser el abastecimiento de las poblaciones, aunque no se prescinde de unos mínimos de caudal, imprescindibles si se quiere conservar las características hidrológicas de la masa de agua. Es decir, se tiene presente siempre el respeto del medio ambiente, incluso en épocas de sequía, aunque se es más flexible al respecto. En efecto, se establecen unos límites con el fin de mantener el carácter natural de la distribución de mínimos, si bien conservando las características hidrológicas de la masa de agua.

En efecto, la Instrucción trata de establecer un régimen de caudales ecológicos flexible, adaptándose a las diferentes circunstancias proporcionadas por las diferentes estaciones y características pluviales anuales (años húmedos, secos y extremadamente secos- sequías prolongadas-), que se tienen que tener presentes en la fase de estudios técnicos.

A la vista de todo lo expuesto se pueden deducir las siguientes

VI. CONCLUSIONES

Primera.- El establecimiento de los caudales ambientales corresponde a los Organismos de cuenca en las cuencas intercomunitarias (atribución expresa recogida ahora en el art. 26.1 de la LPHN). En el plano formal, los caudales ecológicos “*se fijarán en los planes hidrológicos*” (art. 59.7 TRLA). Las Comunidades Autónomas pueden participar en la fijación de los caudales ambientales a través de lo Consejos

del agua de las respectivas cuencas (art.26 de la LPHN), así como los organismos oficiales de las CCAA pueden participar en la fase de negociación o resolución de alternativas (art.3.4.6 del Instrucción de Planificación). Resulta además necesario que los usuarios tengan una participación real y efectiva en la determinación del caudal ecológico, con información de las consecuencias en sus asignaciones y garantías.

Segunda.-La calificación jurídica de los caudales ecológicos no es un tema pacífico. La doctrina no coincide en sus planteamientos. Así, algunos autores sostienen que es un uso, mientras otros sostienen que un caudal ecológico constituye una restricción. Esto es así porque el Derecho Positivo no lo deja claro. No es sólo que las diferentes normas se contradigan entre sí, sino que existen contradicciones en el seno de las propias normas.

Tercera.- En lo que cabe ningún género de duda es en que, sea un caudal ecológico un uso o una restricción, su establecimiento conlleva una compensación a los afectados (por tanto, habría que revisar el artículo 45 del Proyecto Andaluz de Aguas) en el caso de que exista un daño económico. La compensación podrá ser económica o mediante la adopción de otras medidas como ayudas para la modernización de las infraestructuras hidráulicas (por ejemplo, revestimiento de acequias principales o secundarias) o la prolongación del plazo concesional.

Cuarta.- La legislación vigente reconoce una cierta flexibilidad a la hora de establecer cauces ecológicos, pues tiene en cuenta, por ejemplo, que las exigencias deben ser diferentes en casos extremos de sequías prolongadas. Las exigencias también deben ser diferentes en función de otros aspectos como los tramos de río.

Quinta.- En definitiva, a la hora de fijar los caudales ecológicos se hace necesario evaluar detenidamente el coste social y económico que puede representar tener ríos con caudales ambientales muy exigentes. Para la determinación del caudal adecuado se establece un proceso de concertación previo a la aprobación de los

Planes Hidrológicos que incluyen los regímenes de caudales ecológicos en el que los diferentes intereses deben ser escuchados. El proceso no está debidamente especificado en la regulación vigente, pero su espíritu dispone que se tengan presentes todos los intereses y de la mejor manera posible.

Estas son las ideas que someto gustosamente al debate de los asistentes al Congreso.

Madrid-Tarragona, mayo de 2010